

控



令和5年（ネオ）第794号 損害賠償請求上告事件

上告人 (閲覧制限) 外16名

被上告人 国

令和5年11月14日

上 告 理 由 書 2

最 高 裁 判 所 御中

上告人ら訴訟代理人弁護士 作 花 知 志

上告人ら訴訟代理人弁護士 大 村 珠 代

第1 子どもを権利主体とする立法不作為1の違憲について

1 (1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁、第一審判決18頁）

「(2) 争点(3)（親と子の面会交流権についての立法不作為の違法性）について

ア 立法不作為1の憲法13条違反をいう点について

(ア) 控訴人らは、別居親につき親子間の面会交流権に関する権利義務規定を設ける立法措置を講じていない立法不作為1が、憲法13条により保障される親子間の面会交流権を侵害するとし、この権利は、親と子の立場にあることから前国家的、始原的な自然権であること、外国の法制度等から、同条により保障される憲法上の権利であると主張する。」（下線は上告人ら）

(2) しかしながら、上告人らは、権利義務規定の権利主体を別居親に限定していない。本件では、子の立場にあるか、又はあった立場の上告人らから、子どもを権利主体とする面会交流権に関する具体的権利義務規定（実体的権利義務規定、紛争解決手続規定、制裁規定）を設ける立法措置を講じていない立法不作為についても立法不作為1に含むとして一貫して違憲であると主張している（訴

状151頁、令和5年6月8日付け上告人ら作成準備書面)。

民法には子が面会交流の権利主体であることを明文で定めた規定はない。また、家事調停における面会交流に関する協議に、手続主体として子が全面的に参加できることを保障されてはいない。

原判決は、立法不作為1の権利主体を別居親だけに限定したため、子どもを権利主体とする立法不作為1の違憲性について審理不尽である。

2 原判決が憲法13条に違反することについて

(1) 原判決は、面会交流権が子の個人の人格権や幸福追求権として憲法13条とで保障されているものと解することはできないと判示した(原判決7頁)。

しかしながら、原判決は憲法13条に違反している。

(2) 原判決は、その理由としてまず「面会交流権の法的性質や権利性の有無は、一義的に明らかなものではない。」と判示した。

しかしながら、児童の権利に関する条約9条3項の規定は、締約国は、児童の最善の利益に反する場合を除くほか、父母の一方又は双方から分離されている児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利を締約国は尊重する(shall respect)と規定している。親と子の面会交流は、両者の人的な関係及び直接の接触を維持する手段である。同規定から父母の一方又は双方から分離されている児童が父母のいずれとも面会交流する権利を有することは明らかである。

児童の権利に関する条約は、家族とのつながりを含め、子どもたちの基本的人権を守るために必要な特別な保護措置と配慮を定めている(前文)。日本国憲法には児童の面会交流権は直接規定されていない。しかし、児童の権利に関する条約で児童の基本的人権として保障されている子どもの面会交流権が我が国では基本的人権ではないとは全く考えられない。

また、欧州人権裁判所は、面会交流権を「家族生活の尊重を受ける権利」(欧州人権条約8条)に含まれる権利であることを認めている(甲60 井

上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法一面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」法と政治72巻1号（2021年5月）318頁）。基本的人権の固有性・普遍性から、人権条約において人権と認められている面会交流権が我が国では人権ではないということは考えられない。

「日本国憲法の人権カタログには、欧州人権条約8条に対応する「家族生活が尊重される権利」は直接規定されていないが、憲法13条などを根拠にしてこのような権利が憲法で保障される基本的人権であると主張することは十分に可能である（早川眞一郎「欧州人権条約の視点から見た子の奪い合い紛争」—ハーグ子奪取条約の「重大な危険の抗弁」をめぐる最近の一動向—）1044頁）と指摘されていることからも、子の面会交流権は、憲法13条で保障される基本的人権であることは明らかである。

(3) 次の理由として、原判決は、「諸外国と我が国では、採用する家族・親子法制が同一ではないと解されるから、諸外国における立法の動向が、我が国の憲法解釈に直ちに影響を与えるものとは認められない。」と判示した。

しかしながら、児童の権利に関する条約は、196の国と地域が締約している世界で最も広く受け入れられている人権条約である。日本が批准したのと同じ条約を批准する諸外国における立法の動向は、我が国の憲法解釈に影響を与える立法事実である。

児童の権利に関する条約の批准国では、以下のとおり、面会交流を子の権利として保障し、又は別居親の面会交流権として保障することで子の面会交流権の実効的な保障を確保している。これら諸外国における立法動向から、子どもを権利主体とする面会交流権に関する具体的権利義務規定（実体的権利義務規定、紛争解決手続規定、制裁規定）を設ける立法措置を講じていない立法不作為が憲法13条に違反することは、明白である。

ア イギリス

イギリスでは、父母は離婚後も親責任を共同して負うこととされている。面

会交流権は、親責任に含まれる権利である。ただし、1996年家族法（Family Law Act 1996 (c. 27)）は、裁判所が面会交流の態様を判断する基準を定めるに当たって、親責任を有する父母との継続的な交流が子の福祉に資するとの基本理念を明記しており、判例においても交流は子の権利であることが認められているといわれる（甲59）。

イ フランス

フランスの法制度では離婚後共同親権が原則である。子どもの利益の要請から例外的に親権の単独行使を命ずる場合でも、被親権者の訪問権と宿泊の権利（droit de visite et d'hébergement）は留保される。フランスでは「宿泊権付面会交流」が原則であり、子どもは、定期的に非監護親の自宅に宿泊することができる。面会交流が実施されない場合は、刑事罰が科されるため、面会交流が実施されないこともない（甲2，9）。

ウ ドイツ

窪田充見「ドイツ民法典第4編「親族」－概説」法務資料第468号（法務省大臣官房司法法制部「ドイツ民法典第4編（親族法）」）11頁
「ドイツにおいては、子との「交流」については（Umgangは、手紙や電話等の手段を含むかなり幅広い概念であり、本翻訳においては、「交流」と訳している），かなり詳細な規定が用意されている。（中略）まず交流が子の権利であることを規定した上で、親の義務であり、権利であると規定された（BGB 第1684条第1項）。交流の範囲や方法については、家庭裁判所が詳細に定めることができるものとされ、適切な交流のために家庭裁判所が積極的に関与することが予定されている（同条第3項）。

エ 韓国

2007年の民法改正により、面会交流の権利主体に子が加えられた（甲59）。

(4)ア 原判決は、面会交流権が子の個人の人格権や幸福追求権として憲法13条とで保障されているものと解することはできないと判示した（原判決7頁）。

しかしながら、上告人らは、面会交流権が憲法上の権利であることに加え、親と子の面会交流が親と子それぞれにとって人格的利益を有することも主張している。

イ 東京地裁令和5年4月21日判決（令和2年（ワ）第26602号。以下「東京地裁令和5年4月21日判決」という。甲116）は、親子はそれぞれ、自然的親子関係をみだりに妨げられないことに人格的利益を有することを前提として、非親権者と子との交流を、非親権者による虐待等の問題がある場合を除き、両名の自然的親子関係を維持し、非親権者が上記職分を果たすために重要な意義を有するものと位置づけて、以下のとおり判示した。

「原告らは、親子がその自然的関係をみだりに妨げられないことを内容とする自然的親子権がいわゆる幸福追求権の一内容として憲法13条後段により保障されると主張する。

これにつき検討するに、親と子という関係は、国家等の組織が成立する以前から存在していた、血縁等の自然発生的な結びつきから生じる自然的関係であって、人類の存続発展と文明伝承の基盤を成すものとして尊重されるべき人間関係の一つといつてよい。この自然的関係（以下「自然的親子関係」という。）は、①子の立場からみると、親の養育下で自己の人格の形成及び発達を図り、人格的成长を遂げて自立に至るという意義を有し、②親の立場からみると、自らの下で子を養育することによって、子が人格形成及び発達の過程において親の人格の影響を受けながら人格的に成長することを通じ、親自身の自己実現を図るとともに人格を発展させる意義を有するものといえる。

上記意義に鑑みると、親子はそれぞれ、自然的親子関係をみだりに妨げられないことに人格的利益を有するといつてよい。

「自然的親子関係すなわち親と子という関係自体は、離婚後の親権の得喪によって左右されるものではなく、非親権者も自然的親子関係をみだりに妨げられない人格的利益を有する。」

「(イ) 親権と、非親権者が有する自然的親子関係をみだりに妨げられない人格的利益」との関係について

民法は、親権の有無に関わらず、父母に対して子を扶養する義務を負わせ（民法877条1項）、また、前記の子を養育保護する職分の中核を成す監護に関し、子の利益を最も優先して考慮した上で、親権の有無とは別に監護者を定めることを許容している（民法766条1項）。これらの規定によれば、民法は、子の利益の観点から、親権者にのみ上記職分を負担させることを予定しておらず、ましてや非親権者について上記職分を免除することを予定するものではない。この点に鑑みると、親権は、子を養育保護する上記職分のために親に認められた特殊な法的地位であるものの、非親権者の親としての上記職分を否定するものでも、免除するものでもない。

そして、父母の離婚後、子は、父母の別居に伴い非親権者との別居を余儀なくされるなど非親権者との関係についての環境の変化に直面することが多い。このような状況にあって、非親権者と子との交流は、非親権者による虐待等の問題がある場合を除き、両名の自然的親子関係を維持し、非親権者が上記職分を果たすために重要な意義を有するものといえる。したがって、親権は、前記(ア)の法的性質に鑑みると、子の利益に合致する非親権者と子との交流を合理的な理由なく制限する権限ではないものということができる。

(ウ) 小括

以上のとおり、親権は、非親権者の親としての子を養育保護する職分を否定又は免除するものではなく、子の利益に合致する非親権者と子との交流を合理的な理由なく制限する権限でもない。

したがって、本件各規定に基づき非親権者となった者が自然的親子関係をみだりに妨げられない人格的利益は、同人が親権を失うとともに元配偶者のみが親権を有すること自体によって侵害されるものとはいえない。」

東京地裁令和5年4月21日判決が判示したとおり、親と子はそれぞれ、

自然的親子関係をみだりに妨げられないことに人格的利益を有する。言い換えるれば自然的親子関係を維持するという人格的な利益を有する。そして、非親権者と子との交流は、虐待等の問題がある場合を除き、両名の自然的親子関係を維持し、非親権者が上記職分を果たすために重要な意義を有するのであるから、親と子が交流すること（面会交流を含む）を請求できる権利は、自然的親子関係をみだりに妨げられない人格的利益、言い換えるれば自然的親子関係を維持するという人格的な利益を淵源として、憲法13条の幸福追求権として保障されることは明らかである。

ウ 親子関係を維持する権利は、人間であることにより当然に有する権利であり、普遍的な人権である。

未成年の子と同居していない父母との間の面会交流権は、ヨーロッパ人権条約（甲5）8条1項による保障されている。その目的は、親子の特に親密な結びつきを維持して疎遠にならないようとする点にあるとされる（甲4）。

ヨーロッパ人権条約（甲5）

「8条（私生活及び家庭生活の尊重についての権利）

1 すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。」

8条（私生活及び家庭生活の尊重についての権利）1項において、「すべての者は、その私的及び家庭生活、住居及び通信の権利を有する。」

ドイツ民法やフランス民法においても、親と子の関係を維持する権利を原則として妨げてはならないことが明文化されている。

ドイツ民法第1684条（甲117）

「第1684条 子の両親との交流

(1) 子は、いずれの親とも交流する権利を有する。いずれの親も、子と交流

する義務を負い、権利を有する。

(2) 両親は、子と他方の親との関係を損なうこと、又は子の教育を困難にすることを一切行ってはならない。」

フランス民法（甲118）

「第371条の4（2002年3月4日の法律第305号）

① 子は、その直系尊属(ascendants)と身上の関係 (relations personnelle s) を維持する権利を有する。重大な理由のみが、この権利を妨げることができる。」

井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法：面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」（甲60）311頁には、「比較法的に見ても、離婚後に別居親が子と会って交流できることは、諸外国では訪問権や訪問・宿泊権と呼ばれ、すでに別居親の権利として確立しているといえる。」「その理由は、父母の双方と交流を維持することが、子の利益になると考えられるからである。例えばフランスでは、子が双方の親と人格的関係を維持することは子の利益に適うという理念が離婚家庭の子どもの問題に関わる人々の間では広く共有されているようになったからだとされる。」と記載されている。

親子関係を維持する人格的利益、これを淵源とする親と子が交流すること（面会交流を含む）を請求できる権利は人権の固有性（人間であることにより当然に有する権利であること）及び人権の普遍性から、親と子それぞれの人格的利益として憲法13条によって保障されることは明らかである。

(5) 离婚後単独親権制度における許容性としての面会交流権

ア(ア) 日本民法は、離婚後単独親権制度を採用し（民法819条2項），離婚後は全件強制的に単独親権となる。諸外国の訪問権（アメリカ、フランス）のような具体的権利義務規定、共同監護養育責任、養育計画・養育命令で子どもが

別居親と共に過ごす時間（spend time with）を取り決める（オーストラリア）などの離婚後共同養育のための規定がない。

(イ) 同居親が拒絶した場合でも面会交流を実現させる実効的な規定がない。離婚後の非親権者による子の養育に関する規定としては、民法766条があるのみである。

仮に調停や審判において面会交流について定められても、同居親が実現を拒んだ場合には、履行勧告は強制力がなく、直接強制はできず、間接強制は認められるための要件が厳格で（最高裁平成24年（許）第47号同25年3月28日第一小法廷決定・集民243号271頁、最高裁平成24年（許）第48号同25年3月28日第一小法廷決定・民集67巻3号864頁、），損害賠償請求では面会交流の実現はできないため、「面接交渉の頑強な拒否に対する法的な対抗手段はほとんどないと言ってよい」（甲75「判例タイムズ1100号 臨時増刊 家事関係裁判例と実務245題」190～191頁）面会交流の許容性を親権者・監護者指定の要件とする規定がない。

(ウ) 親による他方の親の同意なき子の連れ去りを防止するための法律がない。

諸外国では、一方配偶者の同意なく、他方配偶者が子を連れ去ること（引き離すこと）そのものを罰する刑法の規定が設けられているが、日本には刑法の規定がない。

また、両親の一方が他方の親に転居を知らせることなく、子を連れ去る行為に対する民事上の制裁規定がない。

さらに、親権行使について、父母の意見が一致しない場合の手続規定がない。

(エ) 離婚後、親権者となった者は、非親権者の同意なく子が第三者と養子縁組をすることができる。これは、親権を得られなかった片親との繋がりを断絶させ、子どものアイデンティティを容易に失わせることを可能とする制度であると指摘されている。

(オ) このとおり親による他方の親の同意なき子の連れ去りが違法とされておら

ず、監護の継続性を重視する実務の運用により、子を連れ去って監護の実績を積んだ親が親権者と指定される可能性が高いために、親権を獲得する目的で、DV や児童虐待といった緊急に避難する事情がないにもかかわらず、一方の親が他方の親の同意なく子を連れ去り、その後、合理的な理由なく面会交流の実施を拒否することによって事実上親子関係を断絶し、親権者として指定されることによって法的にも親子関係を断絶するという、「子どもの最善の利益」に反する不合理な事態が生じている。この事態に対して、日本は国内外から強い批判にさらされている。

イ 離婚後単独親権制度を定めた民法 819 条 2 項の違憲性が争われた離婚後単独親権違憲訴訟の東京高裁令和 3 年 10 月 28 日判決（東京高裁令和 3 年（ネ）第 1297 号。以下「東京高裁令和 3 年判決」という。）は、親である父又は母による子の養育は、子が親から養育を受け、又はこれをすることについてそれぞれ人格的な利益を有すると判示したうえで、同規定の内容は「適格性を有する親権者が、実効的に親権を行使することにより、一般的な観点からする子の利益の最大化を図る点」という立法目的との関係で合理的な関連性を有すると判示した。そして、同規定により親による子の養育という人格的利益が一定範囲で制約されることについて、「離婚をした父と母が、その両者の人間関係を、子の養育のために一定の範囲で維持したり、構築し直したりすることも可能であると考え、そうであれば、本件規定により親権を失ったとしても、子の養育に関与し続けることが可能なものとなり、人格的な利益の制約が限定的なものにとどまると考えられる一方、そのような人間関係を維持したり、構築し直したりすることができない場合には、他方親からの同意が適時に得られることにより親権の適時の行使が不可能となったり、同意をしないことにより親権の行使がいわば拒否権として作用するといった事態さえ招来しかねず、結局、子の利益を損なう結果をもたらすものといわざるを得ない。」ため、やむを得ないと判示した。

この判示は、①離婚をした父と母が、その両者の人間関係を、子の養育のために一定の範囲で維持したり、構築し直したりすることが可能な場合、②そのような関係を維持したり、構築し直したりすることができない場合のうち、非親権者からの同意が得られない場合について④適格性を有する親権者が実効的に親権を行使することによる一般的な観点からする子の利益と⑤親権者に指定されなかった親と子とのそれぞれの人格的利益との利益衡量がなされているものの、③親権者により非親権者が子の養育に関与し続けることを合理的な理由なく拒否される場合の利益衡量がなされていない。

③の場合、親による子の養育という人格的利益が制約にとどまらず、失われることになる（親子断絶）。合理的な理由なく養育に関与することを拒否される場合にまで、④適格性を有する親権者が実効的に親権を行使することによる子の利益が上回るとはいえない。東京高裁令和3年判決が親による子の養育という人格的利益が失われることまでは許容していないことは明らかである。我が国の憲法においても、親子関係が断絶することまでは許容されていない。

ウ 『新版注釈民法(25)』（有斐閣、改訂版、2004年）19頁、「IV 離婚父母・非嫡出子父母の共同親権・共同監護」においても、「819条は、離婚に際し、または、非嫡出子に対しては、常に、父母の一方のみが親権者であり、他方は親権者となりえない立場から規定されており、これは、いわば、all or nothing の立場である。・・・しかし、それが、子の福祉の立場からみて、妥当か否かは、すこぶる疑問である。離婚により、夫婦の絆は断たれても、親子の監護の絆は断たれてはならない。」と論述されている。

エ 東京地裁令和5年4月21日判決が「非親権者と子との交流は、非親権者による虐待等の問題がある場合を除き、両者の自然的親子関係を維持し、非親権者が上記職分を果たすために重要な意義を有する」と判示したように、面会交流は離婚後の非親権者と子との交流は自然的親子関係を維持し、非親権者が子の養育責任を果たすための唯一の手段である。

オ 井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法：面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」（甲60）も同様の観点から、以下のとおり、別居親の面会交流権を法律で明確に位置付けるべきと論じている。

「離婚後は父母の一方のみが親権者となる現行法上の離婚後単独親権制度のもとでは、非親権者・非監護親となった親は子の監護養育に関わることが法的に許されていない。そこで、面会交流は監護権を有しない別居親にとって子と交流できる唯一の手段となる。

それにもかかわらず、現行制度は面会交流を別居親の権利として認めていない。つまり、実体法上、別居親は子と会うことすらも正当に要求できない。このような現行制度は、離婚後の別居親と子との人格的関係は一切断絶されるべきという家族観によれば理解可能であるかもしれないが、民法はそのような家族観に基づいているのだろうか、そうだとして憲法や人権の理念に適合するのだろうか。もしそうでないのであれば、子と面会交流できる権利は別居親の最低限の要求として、法律で明確に位置づけられることが必要である。」

カ フランス民法では、例外的に単独親権が命令される場合には、親権を失うことになる親には、面会交流権が保障されている。単独親権によって親権を失う親と子どもの絆が断ち切られることのないように配慮したものである。

キ 離婚後単独親権制度の許容性として、親権を失う親と子どもの絆が断ち切られることのないように、国には積極的に親子の絆を維持する権利を守る義務がある。児童の面会交流権の定期的な行使を確保する義務が国に課せられていることは明らかである。

(6) 面会交流が離婚後単独親権を補充する役割を有すること

民法819条が規定する離婚後単独親権制度は、離婚後単独親権者となった親や、その親の新しいパートナーによる児童虐待を防ぐことが困難である。自由な面会交流権は、それを防ぐ役割と効果が認められる意味において、民法819条が規定する離婚後単独親権制度の欠陥を補う働き（役割と効果）を果た

す（訴状147頁以下）。

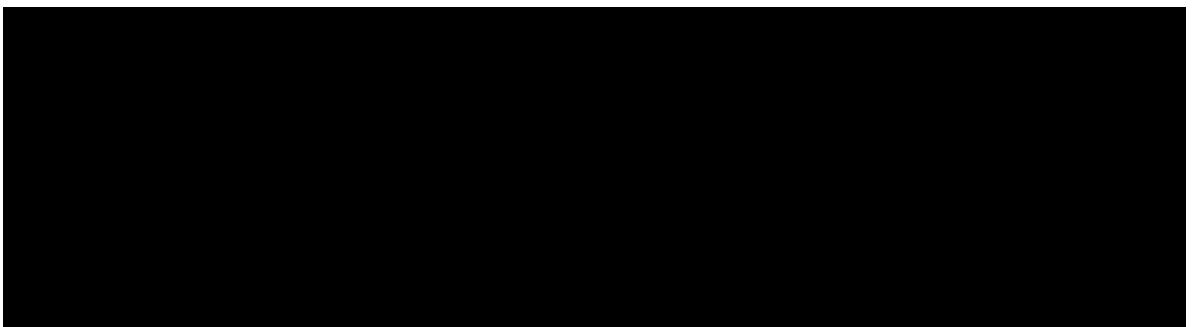
二宮周平『多様化する家族と法Ⅱ—子どもの育ちを支える、家族を支える—』（株式会社朝陽会、2020年）1-5頁（甲34）は、「さらに子どもの見守りの役割もある。例えば、母が男性と暮らし始め、その男性が児童虐待の加害者となるケースがあるが、別居親が子と面会交流をしたり、連絡を取り合っていたら、虐待の事実をより早く発見できるかもしれない。同居親が育児放棄をしたり、家出をしたような場合、別居親が家庭裁判所に親権者変更などの申立をして子を保護することができる可能性もある。」と指摘している。

平成23年における民法766条の改正についての解説（『一問一答 民法等改正 児童虐待防止に向けた親権制度の見直し』10頁（甲35））では、民法第766条改正の趣旨について、「A 1 子の利益の観点からは、離婚後も、適切な親子の面会交流や監護費用の支払が行われることが重要です。離婚後、経済的に不安定な状態の下で、一方の親が一人で子育てをしていることが児童虐待のリスク要因の一つとして指摘されることもあり、面会交流や監護費用の分担についての取決めが適切に行われ、これが遵守されれば、児童虐待の防止にもつながり得るものと考えられます。」と解説している。

付言すると、児童虐待は、両親から行われる場合よりも、離婚後単独親権者となった片親や、離婚後単独親権者となった片親が再婚をして、その再婚相手から未成年者子に対して行われる場合の方が多いことが、報告で明らかとなっている（中澤香織「家族構成の変動と家族関係が子ども虐待へ与える影響」『厚生の指標』59巻5号（甲36）。平成30年3月に東京都目黒区で、5歳の船戸結愛ちゃんが児童虐待により死亡した事件も、離婚後単独親権者となった親が、再婚をして、その再婚相手から未成年者子に対して児童虐待が行われたものであった（平成30年（2018年）7月15日付読売新聞の記事（甲37号証の2枚目）。

したがって、面会交流権の実現が児童虐待のリスク要因を低下させることは

明白である。それは子の福祉保護・子の福祉の実現・子の基本的人権保障の要請に合致することである。



未成年の子どもという精神的にも肉体的にも発達途上で、自らの権利を守るために声を上げることが困難な子どもを保護するためにも、子と親の面会交流権をそれぞれ権利として保障することが必要不可欠である。

(7) 小結

したがって、原判決が憲法13条に違反することは明白である。

3 原判決が憲法14条1項に違反することについて

立法不作為1により、子は、親の別居や離婚という子が自ら選び、正せない事柄を理由に、別居親と自由に面会交流権を行うことを制限されているという不利益をうけている。子が自ら選び、正せない事柄を理由に不利益を及ぼすことは許されない（最高裁平成24年（ク）第984号、第985号同25年9月4日大法廷決定）のであるから、立法不作為1が憲法14条1項に違反することは、明らかである。

4 原判決が憲法24条2項に違反することについて

憲法24条2項は、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること等について、十分に配慮した法律の制定を求めている（最高裁平成26年（オ）第1023号同平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2586頁参照）。

そして、面会交流は、憲法が予定する家族の根幹に関わる人格的な利益であるから、憲法24条2項の「婚姻及び家族に関するその他の事項」に当た

る。人格的利益である面会交流を尊重して、父母の実質的な平等が保たれるよう圖ること等について、十分に配慮した法律の制定が、憲法24条2項求められているにもかかわらず、立法されていないのは、上告理由書及び本書面で主張したとおりである。

したがって、原判決が憲法24条2項に違反することは明らかである。

5 原判決が条約遵守義務（憲法98条2項）に違反することについて

(1) 原判決は、以下のとおり判示した（原判決5頁、第一審判決23頁）

「しかしながら、我が国が締約国となっている条約上の条約機関から我が国に対して法改正を求める勧告がされたからといって、当該条約の枠内でのいかなる立法措置を探るかは各締約国の裁量に委ねられるべきものであるから、これによって直接何らかの具体的な立法義務が生じるということはできない。

f したがって、児童の権利に関する条約が立法不作為1を補う立法を行うことを義務付けているにもかかわらず、我が国がこれを怠り同条約に違反しているとはいえない。」

(2) しかしながら、児童の権利条約は第4条において「締約国は、この条約において認められる権利の実現のため、すべての適当な立法措置、行政措置その他の措置を講ずる。」と規定している。児童の権利に関する委員会による一般的意見5号（2003年）によれば、第4条が規定する一般的措置は、条約上のあらゆる権利をすべての子どもが全面的に享受することの促進を意図したものであること、権利の享受は、立法等を通じて促進されると説明される。さらに「11. 国は、条約の文脈において、ひとりひとりの子どもに対する明確な法的義務を履行する役割を自覚しなければならない」と委員会は強調している。

したがって、国は、児童が定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利の尊重及び確保するために、すべての適当な立法措置をとらなければならない義務を負っていることは、明白である。そして、現行法の

民法766条によって親と子の面会交流権の確保が図れないことは、上告理由書で主張したとおりである。

(3) また、児童の権利に関する条約の条約機関である子どもの権利委員会は、平成31年（2019年）2月1日付け採択した総括所見において、日本政府に対して、「27(b) 子どもの最善の利益に合致する場合には（外国籍の親も含めて）子どもの共同親権を認める目的で、離婚後の親子関係について定めた法律を改正するとともに、非同居親との個人的関係および直接の接触を維持する子どもの権利が恒常的に行使できることを確保すること。」、「31. 委員会は、締約国が、子どもの不法な移送および不返還を防止しつゝこれと闘い、国内法を国際的な子の奪取の民事上の側面に関するハーグ条約と調和させ、かつ、子どもの返還および面会交流権に関する司法決定の適正かつ迅速な実施を確保するために、あらゆる必要な努力を行なうよう、勧告する。委員会はさらに、締約国が、関連諸国、とくに締約国が監護または面会権に関する協定を締結している国々との対話および協議を強化するよう、勧告するものである。」との勧告を行った（子どもの権利委員会：総括所見：日本（第4～5回））（甲33の1ないし2）。

するとこの勧告が出されたことにより、日本が、日本の国内法においても、非同居親との個人的関係および直接の接触を維持する子どもの権利が恒常的に行使できることを確保する義務を負うこと、及び面会交流権に関する司法決定の適正かつ迅速な実施を確保するために、あらゆる必要な努力を行なう義務を負うことは明白である。

この勧告は日本の現状が条約違反の状態になっていることを示唆するものであると、井上武史「別居後の親子の面会交流権と憲法：面会交流立法不作為違憲訴訟の検討」（甲60）は以下のとおり指摘している。

「日本は2019年2月、国連子どもの権利委員会から、「非同居親との個人的関係及び直接の接触を維持するための児童の権利が定期的に行使でき

ることを確保する」よう勧告された。これは日本の現状が子どもの権利を侵害しており、条約違反の状態になっていることを示唆するものであろう。

しかし、高裁判決は、条約3条1項が子の面会交流の権利を尊重したものに過ぎず、「別居親の面会交流権を保障したものとは解されない」として、主張を退けている。法文の構造からはそのようにはいえるだろうが、意思能力のない未成年者の場合、親からの面会交流の要求がなければ子どもの権利を充足することが不可能であることを考えると、高裁判決のように割り切つてよいものかどうかには疑問が残る。」

(4) したがって、日本の現在の法制度が児童の権利条約に違反しており、原判決が条約遵守義務（憲法98条2項）に違反することは明白である。

6 結論

以上により、児童に憲法上保障されている基本的人権または人格的利益である面会交流権の行使の機会を確保するために所要の立法措置を探ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠っているから、立法不作為1は、国会賠償法1条1項の規定の適用上、違法である。立法不作為1が国会賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものではないとした原判決は、憲法13条、14条1項、24条2項に違反することは、明白である。

以上